

Contratto di *franchising*, abuso di dipendenza economica, “abuso del diritto” e tutela del contraente ‘debole’

Giovanni Adamo (—⁵—)

Premessa

1.

Torniamo ancora una volta ad occuparci di contratto di *franchising*¹, per affrontare più specificamente la tematica della tutela dell'affiliato inteso alla stregua di ‘contraente debole’, nonché, in ogni caso, per censire la eventuale applicabilità (diretta, ma) anche analogica della disciplina in materia di abuso di dipendenza economica dettata dalla L. 18 giugno 1998, n. 192 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*) e successive modifiche.

2.

La dottrina più accorta ha avuto modo di rilevare, sotto tale profilo, che *“la recente legge sulla subfornitura segna un passo nella direzione del controllo sul potere contrattuale dell'imprenditore scaturente dalla sua posizione economicamente autoritaria. Il prevedibile proseguimento verso una generalizzata tutela del contraente debole ha la sua essenziale premessa nel principio, già codificato, che vieta l'abuso del professionista in danno del consumatore. La tendenza è verso una ‘giustizia del mercato’ in cui siano vietati gli abusi di*

⁵ Cultore della Materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna - Avvocato in Bologna

¹ Si consenta di fare riferimento allo scritto, recentemente pubblicato su questo medesimo sito *web* (cfr. *Commentario breve alla L. 6 maggio 2004, n. 129*, in *Diritto&Diritti*, 9 dicembre 2004).

*posizioni di dominio contrattuale anche nei rapporti tra imprenditori*². Sembrerebbe, in particolare, che proprio la recente Legge in materia di subforniture industriali rappresenti un ‘sintomo’ di tale nuova tendenza normativa, volta a sanzionare contegni ‘scorretti’, quantomeno sotto il profilo della valutazione alla stregua della clausola generale di buona fede, nei confronti del contraente, di volta in volta ‘debole’. Di tale emergente tendenza costituiscono espressione, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, la disciplina in materia di clausole “vessatorie” ed “abusive”, ex artt. 1469-bis e ss. c.c., ovvero la stessa disciplina in materia di *franchising*³

3.

Ai sensi dell’art. 9 della disciplina ora citata, invero, *“E’ vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica in cui si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subito l’abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di posizioni contrattuali*

² Così Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 396 e ss.; Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1996; Adezati – Alpa, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1999.

³ Valga osservare, a conferma di quanto rappresentato *supra*, che gli stessi lavori preparatori della L. 6 maggio 2004, n. 129 affermavano espressamente come *“la ratio della presente proposta di Legge è proprio quella di prevenire comportamenti scorretti di una parte in danno dell’altra, e favorire, nello stesso tempo, quella collaborazione solidale che è la condizione fondamentale per il successo e la vantaggiosità del franchising. Per tale ragione, si ritiene necessario, nel rispetto – come già ricordato – della autonomia negoziale delle parti, fissare dei vincoli minimi al contenuto del contratto, a garanzia, soprattutto, dell’affiliato, che rappresenta, oggettivamente, la parte debole del rapporto”*.

ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni”.

4.

La divisata normativa, in particolare, secondo la dottrina che si è occupata della materia, costituirebbe disciplina “a vocazione allargata, siccome destinata a trovare applicazione anche al di fuori del ristretto ambito dei rapporti di subfornitura, estendendosi ad ogni tipo di relazione tra imprese”⁴

II. Applicabilità dell’art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica, a rapporti diversi dalla subfornitura industriale

1.

Chiarita, preliminarmente, la questione relativa alla applicabilità della disciplina in materia di abuso di posizione dominante anche a rapporti diversi da quelli di subfornitura industriale, occorre aggiungere che “*il Legislatore italiano, con la nuova normativa, ha inteso regolare taluni rapporti interimprenditoriali – inquadrabili nel più ampio fenomeno economico del decentramento della produzione e/o della fornitura di beni e/o servizi, tra i quali si annoverano anche il*

⁴ Così Berti – Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003, 182 e ss.. In giurisprudenza, pure riportata dagli AA. appena citati, cfr. Trib. Bari, 6 maggio 2002, in *Corr. Giur.*, 2002, 8, 1063 e ss., con nota di Bastianon, per il quale – riportano sempre gli AA. citati – “L’art. 9 ha un campo di applicazione notevolmente più ampio rispetto a quello delimitato dall’art. 1, comprendendo ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con altra impresa (cliente o fornitrice)”. Per una interpretazione conforme a quella ora riportata, v. anche Mazziotti di Celso, *Commento sub art. 9*, AA. VV., *La subfornitura*, a cura di Alpa e Clarizia, 236 e ss..

*franchising ed il c.d. outsourcing, sottraendoli all'autonomia della volontà delle parti contraenti, e dettando, in proposito, una serie di norme imperative, la cui violazione è sanzionata con la nullità, sul presupposto che tali rapporti risultano caratterizzati, per un verso, da un forte squilibrio contrattuale tra committente (la parte forte) e subfornitore (la parte debole), e, per altro verso, da una prassi negoziale per lo più informale e poco trasparente*⁵.

2.

In altri termini, la rilevata vocazione allargata e/o ultrattività della norma di cui all'art. 9 L. 18 giugno 1998, n. 192 renderebbe quest'ultima direttamente applicabile a qualsiasi rapporto contrattuale 'd'impresa' direttamente o indirettamente connesso o generato da logiche di decentramento produttivo. In tale contesto, conseguentemente, la disciplina in materia di abuso di dipendenza economica fungerebbe da "*strumento di riequilibrio, operante indipendentemente ed a prescindere dalla circostanza che la condotta sia in contrasto con la libertà di concorrenza sul mercato e con l'interesse dei consumatori*"⁶.

3.

In tale contesto va, poi, censita la posizione rivestita dal *franchisor* nei confronti del *franchisee*. *Nulla quaestio*, infatti, quando il primo impronti i rapporti con il secondo a criteri non del tutto rispondenti a trasparenza e buona fede (situazione, peraltro, espressamente sanzionata dall'art. ___ L. 6 maggio 2004, n. 129). Altra è, invece, la situazione nella quale, per svariati ordini di ragioni, il *franchisor* ponga in essere situazioni *lato sensu* "squilibranti" (non nel corso della trattativa precontrattuale, ovvero, ed in ogni caso, si tratti di illeciti

⁵ Così Biscaretti di Ruffia, sul sito internet www.santalex.com.

⁶ Così Berti – Grazzini, *op. cit.*, 188.

di carattere ‘informativo’, bensì) nel contesto della esecuzione del rapporto contrattuale di *franchising*. Ed infatti, quella contenuta nella L. 6 maggio 2004, n. 129 costituisce disciplina eminentemente dedicata al momento (in)formativo del contratto (ai c.d. difetti genetici del sinallagma⁷, tali da comportarne la declaratoria di nullità o l’annullamento), mentre nessuna normativa specifica risulta essere ai difetti c.d. funzionali del sinallagma negoziale (quelli, in altri termini, in grado di determinarne la risoluzione, e, in particolare, la risoluzione per inadempimento contrattuale).

4.

In tale contesto, ed in difetto di una previsione specifica contenuta nella Legge *Franchising*, allora, un ruolo assai importante potrebbe essere svolto proprio dalla disciplina in materia di abuso di dipendenza economica, con la quale, per dirla con la dottrina, “*viene introdotta una regola di comportamento che limita la libertà delle imprese forti nei confronti di quelle più deboli, esclusivamente in quanto si rivolga a svantaggio di soggetti in posizione di dipendenza economica (o, detta in altri termini, di debolezza contrattuale)*”⁸. In altri termini, la menzionata disciplina, e

⁷ Cfr., in tal senso, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 446 e ss., per il quale, tra l’altro, “*lo scambio in cui la causa consiste non può compiersi: si parla, a questo riguardo, di difetto funzionale della causa. Questo investe il contratto come atto, e comporta la nullità del contratto; il difetto funzionale, invece, si manifesta in sede di esecuzione del contratto: investe, anziché il contratto, il rapporto contrattuale, e comporta la risoluzione del contratto*”. Cfr., altresì, Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000.

⁸ Così Berti – Grazzini, *op. cit.*, 188. Ma vi è di più: a parere degli AA., “*il riequilibrio verrebbe poi, attuato mediante una tecnica di controllo endocontrattuale: la situazione di dipendenza economica si configura, infatti, come presupposto di condotta abusiva che si concretizza in comportamenti negoziali colpiti da nullità. In altre parole, l’abuso di dipendenza economica si concretizza nella introduzione di un controllo equitativo sul contenuto contrattuale mediante il criterio dell’eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi che richiama alla mente quello, fondato sul concetto di ‘significativo squilibrio’, sanzionato nel rapporto*

la sua generalizzata (così come già rilevato, travalicante l'ambito di originario inserimento) applicabilità a tutti i rapporti continuativi o periodici tra imprese, potrebbe risultare utile al fine di sanzionare contegni in assenza della stessa censurabili, quando non espressamente stigmatizzati dal regolamento contrattuale o da norme giuridiche ben individuate, unicamente con riferimento alla violazione dei doveri di buona fede e correttezza in sede di esecuzione del contratto⁹.

contrattuale tra professionista e consumatore secondo gli artt. 1469-bis e ss. c.c.". Il tutto con la assai rilevante differenza che "mentre nel caso delle clausole abusive la tutela si limita quasi sempre a garantire l'effettivo svolgimento dell'autonomia contrattuale anche attraverso l'obbligo di trasparenza, nell'ipotesi dell'abuso di dipendenza economica la protezione appare più estesa, essendo vietato ogni comportamento che consista in una oggettiva manifestazione di approfittamento, a nulla rilevando che l'eventuale clausola per mezzo della quale sia consumato l'abuso sia stata oggetto di trattativa o sia chiara".

⁹ Vi è, infatti, il rischio che taluni contegni non espressamente sanzionati sul piano del regolamento contrattuale, e tuttavia censurabili, possano non trovare adeguata risposta e sanzione mediante l'applicazione (seppure da chi scrive assai auspicata) della c.d. clausola generale di buona fede, e che quest'ultima, in un (assai) limitato ordine di ipotesi, resi priva di operatività. Se è vero, infatti, che l'orientamento maggioritario e prevalente, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, suole riconoscere a tale clausola generale autonoma valenza, e conseguente idoneità a generare autonome obbligazioni di comportamento, deve rilevarsi la (seppure criticabile) sussistenza di un recente orientamento della S.C., per la quale, tra l'altro, "La violazione dei criteri di correttezza e buona fede, ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma – come nell'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598, co. 3, c.c. – costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto da una norma giuridica" (così, in particolare, Cass., 13 maggio 2004, n. 9141, per la quale, in buona sostanza ed in sintesi, i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. non creano obbligazioni autonome, ma rilevano solo per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti).

III. Contratto di *franchising* ed “abuso del diritto” – Estensione dell’ambito applicativo dell’art. 9 L. 18 giugno 1998, n. 192, a tutti gli ‘abusi di potere’ nelle relazioni tra imprese

1.

Nell’ambito della normativa *ex* L. 6 maggio 2004, n. 129, viene fatto riferimento, tra l’altro all’art. 6, al concetto di buona fede, ancorché tale concetto venga impiegato, nell’ambito della c.d. Legge *franchising*, con riferimento al momento delle trattative precontrattuali, al fine di imporre alle parti (*rectius*: all’affiliante) taluni generici e specifici doveri di ‘trasparenza’.

2.

Va, tuttavia, rilevato che le peculiarità attinenti al rapporto di *franchising* e, in particolare, al momento più problematico dello stesso, che sembra essere quello della sua esecuzione, sembrano imporre (in senso conforme anche a quella che sembrerebbe la intenzione del Legislatore, trasposta nei lavori preparatori) interpretazioni volte ad assicurare tutela all’affiliato anche in sede di esecuzione del contratto.

3.

In particolare, può rilevarsi la eventualità di situazioni non rientranti, ad esempio, nello schema dell’abuso di dipendenza economica così come inteso nel contesto della L. 192/1998, i quali potrebbero, a rigore, rientrare nella diversa figura del c.d. abuso del diritto¹⁰, a propria volta unanimemente ricondotta alla violazione della c.d. clausola generale di buona fede¹¹. In

¹⁰ Sull’abuso del diritto, cfr., tra gli altri, cfr. Galgano, *op. cit.*, 495, ove l’A. specifica che tale situazione si verifica qualora “*un contraente esercita verso l’altro i diritti che gli derivano dalla Legge o dal contratto per realizzare un scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati*”.

¹¹ In tal senso cfr. Bianca, *op. cit.*, 505, per il quale la buona fede andrebbe valutata alla stregua di “*principio di solidarietà contrattuale*”, e,

tale contesto, allora, la autonoma sanzionabilità dell'abuso del diritto potrebbe comportare, a titolo esemplificativo, il dovere, da parte dell'affiliante, di esecuzione di prestazioni non originariamente previste¹², ovvero quello di esercitare i propri poteri (anche) discrezionali “*in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per il quale il potere è stato originariamente conferito*”¹³.

4.

in particolare, troverebbe la propria specificazione in due obblighi particolari: In primo luogo, l'obbligo di lealtà, per il quale la buona fede rileverebbe quale correttezza. In secondo luogo, quale “*dovere di salvaguardia*”, sulla base del quale “*il dovere di buona fede imporrebbe a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del neminem ledere... Quale obbligo di salvaguardia, la buona fede può dunque essere identificata come l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio*”.

¹² Si pensi, a titolo esemplificativo, alla circostanza che la fornitura di prodotti dotati di particolari specifiche tecniche potrebbe comportare, a carico dell'affiliante, l'obbligo di fornire materiale informativo aggiuntivo, ovvero anche la effettuazione di particolari corsi di formazione, anche ove originariamente non previsti dal contratto di affiliazione. Tale contesto potrebbe altresì ricondursi al più generico dovere del creditore di cooperare ai fini dell'adempimento del debitore (la violazione di tale dovere, genericamente inteso, risulterebbe infatti sanzionabile ai sensi della disciplina in materia di mora del creditore).

¹³ Così ancora Bianca, *op. cit.*, 510. Sotto tale profilo, rileva altresì la sussistenza dell'orientamento delle SS. UU. della S.C., la quale accenna, tra l'altro, alle “*forme di eccesso di potere, come quando, ad es., si deduca che la sanzione disciplinare è stata inflitta dall'imprenditore allo scopo di raggiungere, in tal modo, un risultato che sarebbe stato impossibile o disagevole realizzare per altra via, ovvero si prospettino ipotesi di arbitrarietà o iniquità manifestata*” (cfr. Cass., SS. UU., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 440. Cfr., ancora, Cass., SS. UU., 4 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 426, la quale a parere di Bianca *op. cit.*, 511) “*ribadisce l'obbligo della osservanza della buona fede nell'esercizio dei poteri discrezionali privati*”.

Va, infine, osservata, anche al fine di ‘fugare’ ogni dubbio, la non coincidenza della figura dell’abuso del diritto con quella di “abuso di dipendenza economica” di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192. In tal senso, occorrerebbe cogliere la importanza di tale ultima norma, *“la quale assume la valenza sistematica di clausola generale di divieto di abuso di potere nelle relazioni tra imprese”*¹⁴. In tale contesto, pertanto, *“il limite alla condotta consentita non è costituito dai soli confini del ‘diritto’, ma da nuovi valori giuridici legati ad istanze di tutela e solidarietà (“salvaguardia”, nel senso poc’anzi inteso) che trovano la loro manifestazione nelle clausole generali di correttezza e buona fede”*¹⁵. In tal modo verrebbe a superarsi anche la necessità, perché possa configurarsi abuso, di un ‘diritto soggettivo’ sottostante del quale ‘abusare’, posto che non a quest’ultimo, occorrerebbe guardare, bensì all’ *“interesse sottostante, ritenuto meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico”*¹⁶. In tale prospettiva, pertanto, *“diviene abusivo non solo un comportamento che violi l’altrui diritto (ovverosia un comportamento contra ius), bensì anche quello che, semplicemente, ecceda i limiti dell’interesse meritevole di tutela sottostante alla norma di riferimento... Tale impostazione... consente, altresì, di configurare come illecito l’abuso della autonomia contrattuale, come da parte di chi concluda un contratto a condizioni sperequate o inique, profittando di circostanze sfavorevoli alla controparte ed abusando della propria libertà negoziale”*¹⁷.

¹⁴ Così Berti – Grazzini, *op. cit.*, 207 e ss..

¹⁵ Ancora Berti – Grazzini, *ibidem*.

¹⁶ Cfr. Ruffolo, *Interessi collettivi e diffusi e tutela del consumatore*, Milano, 1981.

¹⁷ Ancora Berti – Grazzini, *op. cit.*, *ibidem*.